



A proteção a testemunhas e os direitos constitucionais do acusado

Autora: Marta Weimer

Juíza Federal Substituta, Especialista em Direito Processual Civil

publicado em 28.02.2014

 [enviar este artigo]

 [imprimir]

Resumo

Este artigo, no primeiro capítulo, relata sobre princípios constitucionais aplicados ao direito processual penal: devido processo legal, contraditório, ampla defesa e publicidade. Após, no segundo capítulo, discorre acerca da Lei 9.807/99, que disciplina a proteção às testemunhas, e sobre a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, com ênfase nos direitos à vida e à saúde. Encerra, com o terceiro capítulo, analisando a proteção a testemunhas e os direitos constitucionais dos acusados no processo penal.

Palavras-chave: Testemunha. Proteção. Lei 9.807/99. Princípios constitucionais. Acusado. Dignidade da pessoa humana.

Sumário: Introdução. 1 Os direitos fundamentais aplicados ao processo penal. 1.1 Princípio do devido processo legal. 1.2 Princípios do contraditório e da ampla defesa. 1.3 Princípio da publicidade. 2 A prova testemunhal no processo penal. 2.1 A prova e o objetivo do processo penal. 2.2 Conceito e importância da prova testemunhal. 2.3 As garantias constitucionais e a produção da prova testemunhal. 3 A proteção à testemunha (Lei 9.807/99). 3.1 A dignidade da pessoa humana e os direitos à vida e à saúde. 3.2 Confronto entre os direitos constitucionais do acusado e a proteção às testemunhas. Conclusão.

Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil arrola número considerável de direitos e garantias constitucionais, muitos deles direcionados ao processo, inclusive o penal. A Carta Magna visa garantir que ninguém será privado da liberdade e de seus bens sem o devido processo legal, de prévio conhecimento das partes, que obedeça a princípios básicos, como a ampla defesa, o contraditório e a publicidade.

Tais princípios e direitos, por sua vez, não excluem outros a serem usufruídos não pelo acusado, mas por outras pessoas que, inclusive involuntariamente, estão envolvidas nos fatos em tese tipificados pela lei penal.

A prova testemunhal é essencial na busca da verdade real que circunscreve o processo penal, e essas pessoas precisam ter a sua dignidade respeitada, bem como os direitos à vida e à saúde.

É a partir dessas premissas que se analisará a Lei 9.807/99, que objetiva proteger as testemunhas ameaçadas em decorrência desta condição.

1 Os direitos fundamentais aplicados ao processo penal

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, arrola direitos, deveres e garantias constitucionais, o que também faz em outros momentos, referendando a democracia instalada no País, com o objetivo de garantir que ela permanecerá efetiva, concedendo ao Poder Judiciário parcela

considerável dessa responsabilidade, em prol do bem comum.

O processo é influenciado pelas previsões constitucionais, obedecendo a princípios indicados pela Carta Magna. Por princípio, adotamos o conceito de marco inicial, de base para o desenvolvimento do procedimento.

É nesse sentido que Marcelo Novelino expõe sobre os princípios:

“Os princípios não estabelecem consequências automáticas. Atuam apenas como uma espécie de vetor que aponta a direção a ser seguida na decisão. Caracterizam-se por possibilitar que a medida de seu cumprimento se dê em diferentes graus.” (**Direito constitucional**. São Paulo: Método, 2008. p. 66)

Na área penal, muitos são os princípios constitucionais aplicados, e este trabalho utilizará os que influenciam diretamente na análise do tema principal, qual seja, a proteção dispensada à testemunha.

1.1 Princípio do devido processo legal

O art. 5º, LIV, da Constituição Federal prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, o que faz concluir que as formalidades processuais devem ser seguidas, para que o jurisdicionado tenha certeza de que seus direitos serão respeitados.

O devido processo legal é concretizado a partir do cumprimento de normas previamente estabelecidas e cumpridas pelos envolvidos na lide, pressupondo que o Legislativo aja estabelecendo procedimentos adequados.

Este princípio “significa o conjunto de garantias de ordem constitucional que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual e, de outro lado, legitimam a própria função jurisdicional” (BARROS, Antonio Milton de. **A lei de proteção a vítimas e testemunhas e outros temas de direitos humanos comentados**. Franca, SP: Lemos & Cruz, 2006. p. 153).

A partir deste princípio muitas regras surgem, como é o caso da não admissibilidade de provas ilícitas ou ilegais e a publicidade dos atos.

O processo penal deve ser utilizado com o fim de, respeitadas as regras que o regem, punir o infrator e preservar o cidadão que nada deve à sociedade.

Esse princípio – devido processo legal – é analisado sob duas dimensões: sentido formal e material. O sentido formal ou processual “garante a qualquer pessoa o direito de exigir que a privação de sua liberdade ou de seus bens só ocorra de conformidade com o processo especificado na lei”, e no sentido material ou substantivo “surgem o postulado da proporcionalidade e algumas garantias constitucionais processuais, como o acesso à justiça, o juiz natural, a ampla defesa, o contraditório, a igualdade entre as partes e a exigência de imparcialidade do magistrado” (NOVELINO, Marcelo. Ob. cit., p. 332).

É a partir do princípio do devido processo legal que surgem outros, desdobrados na Constituição Federal.

1.2 Princípios do contraditório e da ampla defesa

A garantia aos litigantes do contraditório e da ampla defesa vem expressa no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Apesar de previstos em um mesmo momento, são princípios distintos que se completam para concretizar o devido processo legal.

A previsão do contraditório encontra-se, inclusive, na Convenção Americana de Direitos Humanos, no seu artigo 8º, que inicia seu texto com a previsão de que “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável”, demonstrando a preocupação de que os litigantes tenham o direito de expressar-se.

O contraditório é caracterizado pelo direito de manifestação sobre o que o outro

litigante afirmou, como explica Paulo Rangel:

“A instrução contraditória é inerente ao próprio direito de defesa, pois não se concebe um processo legal, buscando a verdade processual dos fatos, sem que se dê ao acusado a oportunidade de desdizer as afirmações feitas pelo Ministério Público (ou seu substituto processual) em sua peça exordial. Não. A outra parte também deve ser ouvida (*audiatur est altera pars*).” (**Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 16)

É nesse mesmo sentido a explicação de outros doutrinadores:

“Princípio do contraditório ou bilateralidade da audiência.

Traduzido no binômio ciência e participação, e de respaldo constitucional (art. 5º, inc. LV, da CF), impõe que às partes deve ser dada a possibilidade de influir no convencimento do magistrado, oportunizando-se a participação e a manifestação sobre os atos que constituem a evolução processual.

Em uma visão macroscópica, o contraditório vai abranger a garantia de influir em processo com repercussão na esfera jurídica do agente, independentemente do polo da relação em que se encontre. Como afirma Elio Fazzalari, a ‘própria essência do contraditório exige que dele participem ao menos dois sujeitos, um ‘interessado’ e um ‘contrainteressado’, sobre um dos quais o ato final é destinado a desenvolver efeitos favoráveis, e, sobre o outro, efeitos prejudiciais’. O agente, autor ou réu, será admitido a influenciar o conteúdo da decisão judicial, o que abrange o direito de produzir prova, o direito de alegar, de se manifestar, de ser cientificado, dentre outros.” (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. Bahia: JusPodiv, 2011. p. 56)

A ampla defesa, por sua vez, assegura “ao indivíduo a utilização, para a defesa de seus direitos, de todos os meios legais e moralmente admitidos” e, especificamente no processo penal, “devem ser asseguradas tanto a defesa técnica exercida por advogado quanto a autodefesa” (NOVELINO, Marcelo, Ob. cit. p. 335).

O que se percebe é que a somatória desses dois princípios – contraditório e ampla defesa –, que concretizam o princípio do devido processo legal, garante que o processo somente chegará ao seu termo após cumprir etapas pré-estabelecidas, durante as quais os envolvidos serão ouvidos e lhes será possibilitada a demonstração do que alegam.

1.3 Princípio da publicidade

Outro princípio aplicável ao processo penal é o da publicidade, previsto na Constituição Federal no inciso LX do art. 5º: “A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

A regra é de que todos os atos processuais sejam públicos e, excepcionalmente, poderá ser aplicado o sigilo, como explicam Távora e Alencar:

“A publicidade dos atos processuais é a regra. Todavia, o sigilo é admissível quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 5º, LX, CF). O art. 792 do CPP prevê o sigilo se da publicidade do ato puder ocorrer escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem (§ 1º).

[...]

É de ver que, dentro da publicidade, deve-se distinguir aquela relativa às partes, ou seja, a chamada publicidade interna ou específica, e a relativa ao público em geral, ou publicidade externa. Esta última é que encontra mitigação pelas exceções postas no texto constitucional. Quanto às partes, a publicidade dos atos na fase processual deve permanecer intocada, justamente porque ela permitirá a materialização do contraditório e a participação no processo. O máximo que se poderia autorizar é a realização de ato sem a cientificação momentânea e, por sua vez, sem a publicidade imediata, o que se fará em momento posterior, uma vez cumprida a diligência, a exemplo do que acontece com a realização de interceptação telefônica na fase processual.” (Ob. cit., p. 61)

O princípio da publicidade, como outros, nada mais é do que uma das formas de concretização do devido processo legal, “pois não há como se respeitar os procedimentos delineados em lei sem garantir ao acusado a publicidade dos atos praticados no curso do processo a que responde” nem o conhecimento da “verdade dos fatos praticados sem dar ao público a oportunidade de levar informações ao conhecimento do juiz e verificar se há a imparcialidade devida no julgamento” (RANGEL, Paulo. Ob. cit., p. 13).

Encerra-se a análise dos principais princípios relacionados aos direitos fundamentais aplicados ao processo penal para se adentrar na análise da prova testemunhal.

2 A prova testemunhal no processo penal

Busca o processo penal, mais do que qualquer dos outros ramos do direito processual, a busca da verdade real, aquela que efetivamente ocorreu durante o fato levado a juízo, pois se estará sempre tratando de um dos bens mais preciosos dos seres humanos: a liberdade.

2.1 A prova e o objetivo do processo penal

Como bem lembra Julio Fabbrini Mirabete, busca-se no processo penal que “o *jus puniendi* somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa em uma investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes” (**Processo penal**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 47).

Diante dessa conclusão é que se valoram significativamente as provas que são colhidas durante o curso do processo penal e que servirão para o julgamento do acusado. Para que o julgador possa alcançar uma condenação, é imprescindível que tenha certeza de que determinados fatos ocorreram da forma apurada.

Mirabete bem expõe a importância da prova no processo penal:

“Atendendo-se ao resultado obtido, ou ao menos tentado, ‘provar’ é produzir um estado de certeza, na consciência e na mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo.” (Ob. cit., p. 274)

A possibilidade de produção de prova é ampla, somente sofrendo restrições por previsão legal, como é o caso do art. 155 do CPP, que determina que sobre o estado de pessoas deva se obedecer às regras do direito civil, bem como a impossibilidade das provas tidas por ilícitas.

2.2 Conceito e importância da prova testemunhal

A prova testemunhal é utilizada com frequência no processo penal, em especial naqueles crimes presenciados por outras pessoas além da própria vítima e do agente. No processo penal, qualquer pessoa poderá ser testemunha, como define o art. 222 do CPP, independentemente da imputabilidade, justamente para concretizar o princípio da busca pela verdade real.

O conceito de testemunha é bem delineado por Távora e Alencar:

“Testemunha é a pessoa desinteressada que declara em juízo o que sabe sobre os fatos, em face das percepções colhidas sensorialmente. Ganham relevo a visão e a audição, porém, nada impede que a testemunha amealhe suas impressões por meio do tato e do olfato.” (Ob. cit., p. 421)

Diante da importância da prova testemunhal, cabe ao magistrado cautela na sua valoração, já que se está diante da análise de percepção de um ser humano, que está sujeito a falhas e, muitas vezes, apenas atentou-se a parte dos fatos ocorridos.

No nosso sistema processual, “tendo validade o chamado livre convencimento motivado, o valor da prova testemunhal não é absoluto, devendo ser cotejado com os demais meios de prova presentes no feito” (DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal**: tipo processual, provas típicas e atípicas. Campinas, SP:

A colheita da prova testemunhal deverá obedecer a alguns procedimentos, como explica o doutrinador Távora:

“Uma vez compromissada, a testemunha será qualificada, ‘devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas’ (art. 203, CPP) [...].

Havendo dúvida quanto à identidade da testemunha, o juiz patrocinará o esclarecimento pelos meios à sua disposição, podendo até mesmo socorrer-se à autoridade policial para tal verificação, sem prejuízo de ouvi-la desde logo (art. 205, CPP).

Após a qualificação, oportuniza-se a contradita, ou seja, a impugnação da testemunha a ser ouvida. É o que ocorre se a pessoa está impedida de depor (art. 207, CPP) ou não deve ser admitida a prestar compromisso (art. 208, CPP). A contradita é julgada na audiência, devendo o magistrado ouvir a parte contrária, a testemunha contraditada, e depois decidir se é caso de exclusão da testemunha, ou, simplesmente, de não tomada de compromisso, mantendo-se a realização do depoimento. Nada impede que a parte que arrolou a testemunha apresente contradita, se eventualmente descobrir algo que macule a pessoa por ela arrolada. O magistrado, por sua vez, como presidente do feito, identificando impedimento ou hipótese de dispensa de compromisso, deve, de ofício, tomar as providências adequadas, independentemente de contradita das partes.

As partes podem alegar, ainda, circunstâncias ou defeitos que tornem a testemunha suspeita de parcialidade ou indigna de fé (art. 214, CPP). Esses elementos, que nada mais são do que uma forma de impugnação, servem para alertar o julgador de quem seja aquela testemunha, para dar a devida valoração ao depoimento. É possível que a testemunha seja amiga íntima ou inimiga capital do réu, tenha quebrado a incomunicabilidade, ou responda a processo semelhante, ou já tenha sido condenada por falso testemunho. São circunstâncias que não impedem o depoimento nem a tomada de compromisso, mas alertam o magistrado no momento de valorar a prova.” (Ob. cit, p. 430)

Ditos procedimentos se justificam para que os princípios delineadores do processo penal sejam respeitados, como é o caso do devido processo penal, do contraditório e da ampla defesa, necessários para que as ordens oriundas da Constituição Federal tenham efetividade.

2.3 As garantias constitucionais e a produção da prova testemunhal

Como exposto no primeiro item deste trabalho, o processo penal obedece a regras que objetivam a concretização das ordens emanadas na Constituição Federal, em especial princípios processuais, tais como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a publicidade.

A produção da prova testemunhal deverá obedecer a tais delineamentos. Assim, em obediência ao devido processo legal, a colheita da prova no processo penal deve seguir as regras estabelecidas no Código de Processo Penal, para que os envolvidos (acusação e defesa) tenham ciência prévia de como ocorrerá o andar do processo e, também, a colheita das provas.

No que se refere ao contraditório, a prova testemunhal produzida deve possibilitar a contraprova e a oitiva das partes, sem esquecer a participação efetiva de acusação e defesa no momento da produção.

É nesse sentido o ensinamento de Sérgio Ricardo de Souza:

“O princípio da audiência contraditória, ou, simplesmente, princípio do contraditório, reza que toda prova admite contraprova, fazendo-se necessária, após a produção de determinada prova, a oitiva da parte adversa, bem como a coparticipação das partes nas provas produzidas na fase judicial, tendo o direito de colaborar na formação da própria prova, seja apresentando quesitos – no caso de prova pericial –, seja mesmo efetuando questionamentos e solicitando esclarecimentos pertinentes, nas hipóteses de prova pessoal.” (**Manual da prova penal constitucional: pós-reforma de 2008**. Curitiba: Juruá, 2009. p.

A ampla defesa, que abrange a defesa técnica e a autodefesa, deverá ser concretizada inclusive no momento da produção da prova testemunhal, possibilitando que o defensor, constituído ou dativo, bem como o acusado, acompanhem a produção da prova.

O princípio da publicidade, por sua vez, impõe que a colheita da prova seja pública, tanto para a acusação e a defesa quanto para o cidadão, respeitando-se os casos em que a legislação autoriza afastar tal princípio.

O que se tem é que as partes envolvidas (acusação e defesa) devem ver respeitado o princípio da publicidade, para que acompanhem a produção da prova em tempo integral, possibilitando-se a retirada do acusado em momentos que, a critério do condutor do processo, se impossibilite a colheita do depoimento.

A presença do defensor, por outro lado, jamais poderá ser afastada durante a colheita de qualquer das provas, inclusive a testemunhal.

Apesar de tantas garantias em prol do acusado, não se pode olvidar que as testemunhas precisam ver respeitados seus direitos, muitos constitucionais, como é o caso da dignidade da pessoa humana, da vida e da saúde.

3 A proteção à testemunha (Lei 9.807/99)

A Lei 9.807/99 disciplina os programas de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas e tem, em seu art. 7º, o rol de medidas que podem ser adotadas:

“Art. 7º Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso:

- I – segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações;
- II – escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos;
- III – transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção;
- IV – preservação da identidade, da imagem e dos dados pessoais;
- V – ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda;
- VI – suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar;
- VII – apoio e assistência social, médica e psicológica;
- VIII – sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida;
- IX – apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.

Parágrafo único. A ajuda financeira mensal terá um teto fixado pelo conselho deliberativo no início de cada exercício financeiro.”

Dito regramento visa concretizar também os direitos e garantias constitucionais das testemunhas, que não poderiam ser postos de lado tão somente para que os acusados tivessem respeitados os seus direitos.

3.1 A dignidade da pessoa humana e os direitos à vida e à saúde

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, arrolada no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. Os fundamentos constitucionais são a estrutura do Estado, e a dignidade da pessoa humana possui um papel fundamental, como explica Marcelo Novelino:

“Dentre os fundamentos do Estado brasileiro, a dignidade da pessoa humana

possui um papel de destaque. Núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, a DPH é o valor constitucional supremo que irá informar a criação, a interpretação e a aplicação de toda a ordem normativa constitucional, sobretudo, o sistema de direitos fundamentais.

[...]

Uma das consequências da consagração da dignidade humana no texto constitucional é o reconhecimento de que a pessoa não é simplesmente um reflexo da ordem jurídica, mas, ao contrário, deve constituir o seu objetivo supremo, sendo que na relação entre o indivíduo e o Estado deve haver sempre uma presunção a favor do ser humano e de sua personalidade.” (**Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 379-380)

O respeito à dignidade da pessoa humana não é algo que possa ser concretizado de forma relativizada, somente admitindo-se o absoluto respeito a tal fundamento constitucional, e, para os doutrinadores, possui tripla dimensão normativa:

“I) uma metanorma, quando atua como diretriz a ser observada na criação e na interpretação de outras normas. A atuação como elemento informador do desenvolvimento do conteúdo da Constituição faz da dignidade uma importante diretriz hermenêutica, cujos efeitos se estendem por todo o ordenamento jurídico. Mesmo quando possível o recurso a um direito fundamental específico, ela deve ser considerada como parâmetro valorativo;

II) um princípio, por impor aos poderes públicos a proteção da dignidade e a promoção de valores, bens e utilidades indispensáveis a uma vida digna; e

III) uma regra, a qual determina o respeito à dignidade, seja pelo Estado, seja por terceiros, no sentido de impedir o tratamento de qualquer pessoa como um objeto, quando decorrente de uma expressão de desprezo por aquele ser humano.” (NOVELINO, Marcelo. Ob. cit., p. 383)

A dignidade da pessoa humana deve ser analisada a partir da certeza de que é o fundamento de todos os direitos fundamentais, ou seja, é a partir de sua previsão constitucional que se desdobram inúmeros direitos e garantias arrolados tanto no art. 5º da Carta Magna quanto pelo restante do seu texto.

O direito à vida, componente da previsão que se encontra no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, divide espaço com os direitos à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade e “abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna” (LENZA, Pedro. Ob. Cit., p. 678).

Poderá ocorrer restrição a tal direito, como é o caso da pena de morte em caso de guerra (art. 5º, XLVII, *a*), e quando ocorrer colisão com o mesmo bem em relação a outros seres humanos (aborto necessário, legítima defesa etc.).

No que se refere ao direito à saúde, previsto no rol de direitos sociais da Constituição Federal (*caput* do art. 6º da CF), caberá ao Estado garantir que ele se concretize, a partir de dupla vertente:

“Como se sabe, a doutrina aponta a dupla vertente dos direitos sociais, especialmente no tocante à saúde, que ganha destaque, enquanto direito social, no texto de 1988: a) natureza negativa: o Estado ou terceiros devem se abster de praticar atos que prejudiquem terceiros; b) natureza positiva: fomenta-se um Estado prestacionista para implementar o direito social.” (LENZA, Pedro. Ob. cit., p. 759)

O direito à saúde não se dissocia do direito à vida e do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, servindo como regra principiológica, como explica Marcelo Novelino:

“Por ser indissociável do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, o direito à saúde possui um caráter de fundamentalidade que o inclui não apenas entre os direitos fundamentais sociais (CF, art. 6º), mas também no seletivo grupo de direitos que compõem o mínimo existencial.

O dispositivo que consagra a saúde como direito de todos e dever do Estado (CF, art. 196) está consubstanciado em uma norma de natureza principiológica que estabelece fins a serem buscados pelo Estado sem, no entanto, especificar os meios a serem utilizados para tanto.” (Ob. cit., p. 1052-1053)

É diante desse contexto que se percebe que nenhum dos princípios ou direitos elencados na Carta Magna é absoluto, sendo necessária uma análise ampla para se concluir que qualquer deles está sendo violado.

3.2 Confronto entre os direitos constitucionais do acusado e a proteção às testemunhas

O programa de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, como dito, parte das regras estabelecidas pela Lei 9.807/99, e o beneficiário ficará à disposição da Justiça, para que possa, inclusive, apresentar seu testemunho:

“Todos os beneficiários dos programas permanecem à disposição da Justiça, da polícia e demais autoridades para que, sempre que solicitados, compareçam pessoalmente para prestar depoimentos nos procedimentos criminais em que figuram como vítimas ou testemunhas. Esses traslados e deslocamentos são sempre realizados sob escolta policial. Conforme as exigências de cada caso, são utilizadas técnicas para o despiste e o disfarce da pessoa em situação de risco.” (BARROS, Antonio Milton de. **A lei de proteção a vítimas e testemunhas e outros temas de direitos humanos comentados**. Franca, SP: Lemos de Oliveira, 2006. p. 180)

E tal proteção vem justamente para garantir que uma das provas mais utilizadas para a apuração de fatos criminosos seja efetiva e não se torne impossível de concretização em casos em que o medo é maior que o desejo de ver a punição e de auxiliar o esclarecimento dos fatos.

Objetiva a lei indicada que o Estado garanta a integridade física e psíquica da testemunha, que tem o ônus de sempre falar o que sabe. A testemunha, como cidadã, deve ser tão protegida nos seus direitos quanto o acusado, afinal o processo é um instrumento que deve ser utilizado na busca da justiça, que não ocorrerá se um dos seus expoentes (testemunha) não estiver devidamente protegido.

Barros alerta sobre a dificuldade que cerca a testemunha, em especial a do crime organizado: “sabendo da importância do depoimento de uma testemunha, o crime organizado faz de tudo para persegui-la e eliminá-la. Por essa razão, torna-se muito difícil para o Governo e para a sociedade oferecer proteção às vítimas e às testemunhas” (Ob. cit., p. 128).

Diante da realidade vivenciada pelos personagens do processo penal, que em inúmeras oportunidades constata que as testemunhas que poderiam esclarecer crimes desaparecem, são mortas ou apenas limitam-se a negar o que sabem como forma de proteção, é que a Lei 9.807/99 deve ser tida como constitucional e tornar-se cada vez mais efetiva.

Referida legislação prevê, inclusive, a não divulgação dos dados da testemunha, o que, em tese, poderia ser considerado como afronta aos princípios constitucionais estudados no início deste artigo.

Entretanto, a análise não deve ser feita de forma individual, já que a Constituição Federal precisa ser vista como um todo, não se autorizando excluir um direito por outro sem digressão aprofundada sobre o caso concreto.

A efetivação dos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da publicidade é necessária, mas não à custa do descumprimento de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana daquele que auxiliará o Estado a esclarecer o fato tido por criminoso.

E com a dignidade da pessoa humana, inclusive das testemunhas, que, por inúmeras vezes, são a única fonte de esclarecimento dos fatos imputados aos acusados, cumpre-se o direito à saúde e à vida desses seres humanos.

Para que se possa definir o que deve prevalecer no caso concreto, aplica-se o

princípio da proporcionalidade, que, segundo Marcelo Novelino, é associado ao devido processo legal:

“A origem deste postulado costuma ser associada à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão. No início, era uma exigência relacionada à atuação do Poder Executivo, atuando como medida de legitimidade para as restrições administrativas à liberdade individual impostas ao exercício do poder de polícia. Posteriormente, o postulado passou a ser adotado também no direito constitucional, atuando como máxima informadora da aplicação dos princípios e servindo de critério para a aferição da legitimidade material dos atos praticados pelos poderes públicos.” (**Teoria da constituição e controle de constitucionalidade**. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 127)

É este mesmo doutrinador que lembra que deverá o postulado da proporcionalidade atentar-se a três requisitos, quais sejam, o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito (Ob. cit., p. 128).

A previsão constante no inciso IV do art. 7º da Lei 9.807/99 é a preservação da imagem, da identidade e dos dados da testemunha, imprescindível para que ela possa falar sobre o que sabe, sem medo. Sobre tal previsão, afirma Pedro Roberto Decomain:

“Outra providência inerente ao programa protetivo e indispensável para o sucesso até mesmo das demais é a preservação da identidade, da imagem e dos dados pessoais do protegido. Essa garantia da preservação de sua imagem, da sua identidade e dos seus dados pessoais vem assegurada pelo inciso IV do art. 7º da Lei. O conhecimento dessas informações pode ser necessário para que aqueles interessados em evitar o depoimento da testemunha ou vítima possam efetivamente agir contra ela, na tentativa de obtenção desse desiderato. Quanto menos conhecida seja, assim como quanto menos conhecido seja o local onde se encontre, tanto menor a possibilidade de que seja intimidada ou mesmo ofendida em sua integridade ou sua vida, com o objetivo de que não traga a lume os informes comprometedores de que dispõe sobre a atividade criminosa em apuração.” (Proteção a testemunhas: redução de penal para o acusado que colabora com a investigação criminal. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, 2000. p. 154)

A proteção às testemunhas é uma política pública importante que, além do apoio governamental, sustenta-se na participação popular, seja por meio das organizações não governamentais, seja pelo apoio de pessoas dispostas a contribuir com a causa. Os próprios agentes do programa, pelas características das atividades desenvolvidas, transformam-se em verdadeiros sujeitos sociais (BARROS, Antonio Milton de. Ob. cit., p. 131).

Fátima Dias, ao analisar a Lei 93/99, de Portugal, que possui objetivos similares aos da Lei 9.807/99, opinou:

“Em nome do interesse da justiça penal, pretende-se que a testemunha dê um contributo o mais útil, espontâneo e verdadeiro possível, o que deverá passar também pela eliminação, também ela o mais ampla possível, dos efeitos perniciosos da intervenção para a própria testemunha. Nesse prisma, é de felicitar a lei em questão, pois as medidas de segurança que prevê, em especial a da possibilidade de ser prestado depoimento sob anonimato, conduzem à possibilidade de a testemunha depor livre de quaisquer pressões coativas que a levem a alterar os factos, originando, assim, uma discrepância total de responsabilidade penal entre a realidade descrita pela acusação e a realidade descrita pela testemunha. É essa a verdadeira *ractio* da criação deste instituto jurídico!” (**A Lei nº 93/99 e a credibilidade da testemunha**. Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa, 2º semestre 2010/2011)

Os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório não são absolutos e, nos casos em que a testemunha precisa ser protegida para ter sua vida garantida, devem ser afastados de forma excepcional.

Conclusão

Constata-se que nenhum dos princípios e dos direitos arrolados na Constituição da República Federativa do Brasil deve ser analisado de forma individual e

absoluta. Há oportunidades em que princípios, como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a publicidade, que regem o processo penal, devem ser afastados para que outros direitos fundamentais sejam respeitados.

A testemunha que auxiliará o magistrado a esclarecer os fatos aduzidos em juízo deve ter a certeza de que nada sofrerá por colaborar com a busca da justiça, precisa ter ciência de que, nessa condição ou por decorrência dessa condição, não sofrerá represálias ou mesmo será eliminada para que o silêncio impere.

A partir do princípio da proporcionalidade, os direitos, mesmo que constitucionais, que garantem um adequado processo ao acusado podem e devem ser postos de lado temporariamente para que a testemunha tenha sua integridade física e psíquica garantida.

Somente assim haverá efetividade na busca pela verdade real no processo penal, sem ferir irremediavelmente qualquer dos princípios e dos direitos consagrados na Carta Magna.

Referências bibliográficas

BARROS, Antonio Milton de. **A lei de proteção a vítimas e testemunhas e outros temas de direitos humanos comentados**. Franca, SP: Lemos & Cruz, 2006.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Proteção a testemunhas: redução de penal para o acusado que colabora com a investigação criminal. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, 2000.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal**: tipo processual, provas típicas e atípicas. Campinas, SP: Millenium, 2008.

DIAS, Fátima. **A Lei nº 93/99 e a credibilidade da testemunha**. Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa, 2º semestre 2010/2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 2004.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. São Paulo: Método, 2008.

_____. _____. São Paulo: Método, 2012.

_____. **Teoria da constituição e controle de constitucionalidade**. Salvador: JusPodivm, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SILVEIRA, José Braz da. **A proteção à testemunha & o crime organizado no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2006.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da prova penal constitucional pós-reforma de 2008**. Curitiba: Juruá, 2009.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. Bahia: JusPodiv, 2011.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):

WEIMER, Marta. A proteção a testemunhas e os direitos constitucionais do acusado. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 58, fev. 2014. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Marta_Weimer.html>

Acesso em: 11 mar. 2014.